



247802090005577907



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
Poder Judicial

En la ciudad de Pergamino, reunidos en Acuerdo Ordinario los Sres. Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Pergamino, para dictar sentencia en la causa N° 4684-22 caratulada **"PICCARDO MARÍA ALBERTINA C/ BANCO SANTANDER RÍO S.A. S/ NULIDAD ACTO JURIDICO"**, Expte. N° 64.318, del Juzgado en lo Civil y Comercial N° 3, se practicó el sorteo de ley que determinó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: Graciela Scaraffia, Roberto Degleue y Bernardo Louise, y estudiados los autos se resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

- I) ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?
- II) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la señora Jueza Graciela Scaraffia dijo:

El Sr. Juez de la anterior instancia rechazó la demanda que instaurara María Albertina Piccardo contra Banco Santander Río S. A.. Limitó la facultad de la demandada a percibir intereses a la tasa que dicha entidad abona por los depósitos a plazo fijo a 30 días vigentes en los distintos períodos de aplicación. Impuso las costas en el orden causado y reguló los honorarios profesionales de los letrados y peritos intervinientes.

Tal decisorio fue objeto del recurso de apelación por la parte actora, mediante el escrito electrónico de fecha 02/08/2022, concedido el 05/08/2022 en relación y al solo efecto devolutivo. Con fecha 11/08/2022 la parte actora presentó su memorial y del mismo se dio traslado a la contraparte el 18/0/2022. El día 29/08/2022 es evacuado el traslado por la parte demandada. Con fecha 08/09/2022 llamamiento de autos, providencia, que firme a la fecha deja la causa en condiciones de ser fallada.-

- I).- Se duele la quejosa contra el decisorio de grado que rechaza



247802090005577907



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Poder Judicial

la pretensión dirigida a la declaración de ineficacia del acto jurídico denominado préstamo personal Nro. 112-03510036804/0, consistente en un monto de capital de \$ 500.000, con plazo de devolución de 72 cuotas mensuales de \$ 30.603,77 con más intereses cada una, que fuera depositado por el banco demandado vía electrónica en la cuenta sueldo de la actora (Nro. 112-362588/4) en fecha 15 de noviembre de 2020.-

Solicitándose también en la ampliación de demanda que la ineficacia se hiciera extensiva a las transferencias electrónicas y demás operaciones bancarias realizadas en la misma fecha.-

En síntesis dice que el fallo se apoya erróneamente en los siguientes fundamentos: a) considera que la actora no es una consumidora hipervulnerable que merezca protección especial, b) refiere que la entidad demandada habría cumplido con la obligación de seguridad c) endilga al hecho de la víctima como factor determinante para la ruptura de nexo causal exonerando al banco demandado en su deber de responder, d) efectúa una reformulación de intereses que generaría el mencionado préstamo e) dispuso las costas en el orden causado.-

Contra ese razonamiento recogido en la sentencia el quejoso expone fundados motivos de agravios, los que voy a transcribir en forma sintética ya que su desarrollo se encuentra desplegado electrónicamente, a saber:

1) Señala el doliente que la resolución reconoce que el préstamo personal pre acordado que se le adjudicó a la actora es fruto de un delito, sin embargo en vez de pronunciarse por la ineficacia del acto, el decisorio reformula el mismo, lo que a su criterio evidencia un vicio lógico y configura una sentencia autocontradictoria.-

2) Achaca al operador omitir toda consideración a los puntos esenciales de la pericial informática en la cual se dictaminó que tanto el denominado "préstamo personal pre acordado" como las posteriores



247802090005577907



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Poder Judicial

transferencias electrónicas impugnadas en la demanda, se realizaron desde la penitenciaría de la ciudad de San Francisco, provincia de Córdoba; lo que demuestra su decir la ineficacia o inexistencia dada la ausencia de intervención de la titular de la cuenta sueldo de dichas operaciones.-

3) La falta de meritación en punto a que la pericial informática ha demostrado las graves falencias en materia de prevención de riesgo y seguridad que ostentaba, al momento de producirse el hecho, el sistema de contratación electrónica del Banco Santander Río S.A.

4) Enrostra que la sentencia en crisis no ha tenido en cuenta los hechos notorios ni el contexto histórico ni tampoco la prueba informativa producida de la cual surgiría que al momento de acaecencia de los hechos origen de la pretensión, los bancos ya eran conocedores de las vulnerabilidades del sistema de contratación electrónica a raíz de los hechos delictivos de los que fueron víctima los consumidores.-

5) Indica que es inaplicable el hecho de la víctima, que se ha omitido además toda consideración a la conducta del banco y que no se recoge la asimetría existente entre los contratantes.-

6) La inexistencia de pruebas específicas sobre la supuesta campaña de concientización aludida por la sentencia, indicando que el fallo se basó en meras conjetura toda vez que toma como elemento relevante un resumen de cuenta sueldo el cual fue generado con fecha posterior al hecho que motiva la demanda.-

7) Inobservancia del deber de seguridad de parte del proveedor bancario, no recepcionado por el fallo.-

8) Omisión de tomar en cuenta la actividad riesgosa del banco como proveedor electrónico de servicios financieros.-

9) Omisión de considerar a la actora como consumidora hipervulnerable.-

10) La sentencia a su criterio no analizó la conducta abusiva del



247802090005577907



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Poder Judicial

banco quien pretende endilgarle un préstamo personal a la actora (que no contrató) bajo el prisma de "préstamo responsable", exponiendo el fallo a la consumidora a un endeudamiento injusto.

11) Expresa que ha quedado acreditado en autos tanto el perjuicio extrapatrimonial así como el daño punitivo que fueron denegados.-

12) Se impongan las costas a la entidad bancaria demandada.-

II).- A su turno evacua el traslado la apoderada de la entidad bancaria demandada, sosteniendo que no puede responsabilizarse a su poderdante y que el accionar ha de ser atribuido a la propia actora, que no se ha demostrado la vulnerabilidad invocada y que no se ha vulnerado el deber de seguridad por parte del banco, solicitando la confirmación de lo decidido.-

III).- a. Liminarmente he de señalar que he abordado la problemática traída, más lo ha sido en el ámbito cautelar, admitiendo la procedencia de la misma con base en los argumentos desplegados en mi voto en disidencia en la Causa N° 4217-21 "Juárez, Andrea Natalia c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Medidas Cautelares (Traba/Levantamiento)". Registro N° 52 / 2021, donde en aquella oportunidad me expediera señalando *"Sin perjuicio de cierto grado de reproche que podría merecer prima facie la actuación de la actora, entiendo que atento a la situación de inferioridad del consumidor financiero, la proliferación de mecanismos bancarios cada vez más complejos bajo la modalidad electrónica -en tanto hecho público y notorio- y la relativa facilidad que tendría el Banco para adicionar acciones suplementarias de control y ratificación (vgr. confirmación telefónica de la operación realizada), resultaría a priori esperable la adopción de un estándar más elevado de seguridad por parte del Banco demandado para este tipo de transacciones en consonancia con la responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa o servicio suministrado (art. 40 de la ley 24,240) -que reconoce como factor de atribución el deber*



247802090005577907



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Poder Judicial

de garantía y la obligación de seguridad (art. 5 y 6 de la ley 24.240)-, y el deber de prevención ex ante del daño (art. 1710 inc. a del CCyC)".

Ello además se halla en sintonía con la reglamentación sancionada por el Banco Central de la República Argentina. Como bien apunta la parte actora, la entidad matriz ha establecido y reiterado en su normativa, la imposición a los Bancos de contar con "mecanismos de seguridad informática que garanticen la genuinidad de la operatoria" (Comunicación A 3323, 1.7.2.2., último párrafo; Comunicación A 3682, 4.8.6.2; Comunicación A 4272, 2.1.1.6). En tal sentido, entiendo que la genuinidad no sólo implica la adopción de recaudos tendientes a asegurar que la operación se concrete a través del token que instrumenta la firma electrónica de la actora (autenticidad interna), sino también de aquellas otras prevenciones que resultan aptas para reducir los riesgos de que este dispositivo pueda ser utilizado ilegítimamente por personas distintas de su titular (autenticidad externa). En la especie, la verificación adicional de la operatoria a través de otro medio de comunicación resultaba prima facie un cuidado razonablemente exigible y proporcionado que podría haber evitado la consumación de conductas tipificadas por la ley penal.

Más allá de las alusivas campañas de prevención a las que referencia la entidad demandada y la seguridad inherente a la firma electrónica como medio para suscribir el contrato electrónico de préstamo financiero, no se halla acreditado en esta etapa liminar del proceso que el Banco demandado haya adoptado en el caso concreto acciones o medidas adicionales tendientes a neutralizar este tipo de maniobra delictiva. En virtud de ello, resultaría verosímil el derecho de la actora para justificar el dictado de la prohibición de innovar suspensiva de los débitos. Y, por ende, habría razón para confirmar la medida. Ese es mi voto".

Fue aquí y con el alcance cautelar donde ya se iniciara el tratamiento de esta cuestión. Luego los integrantes de esta Alzada y frente a



247802090005577907



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Poder Judicial

la proliferación de casos de "phishing" modificaron su enfoque, dando solución por unanimidad en la tesitura reseñada a todos los demás casos que siendo iguales en su especie, fueron traídos a revisión de esta Cámara Departamental. Así en el Expte. N° 4684-22 "Piccardo, María Albertina c/ Banco Santander Río S.A. s/ Nulidad Acto Jurídico" Juzgado Civil y Comercial N° 3; Causa N° 4330-21 "Presta Miriam Laura c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Medidas Cautelares (Traba/Levantamiento)" Juzgado en lo Civil y Comercial N° 3 - Resolución del 31/8/2021; Causa N° 4179-21 "Bustos, Marta Cristina c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires y otra/a s/ Medidas Cautelares (Traba/Levantamiento)" Juzgado en lo Civil y Comercial N° 3 - 20 de Abril de 2021; Causa N° 4107-20 "Raggio, Alejandro c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Medidas Cautelares (Traba/Levantamiento)" - Juzgado en lo Civil y Comercial N° 1 - Resolución de fecha 15 de Diciembre de 2020; Causa N° 4356-21 "Torri, Miriam Luján c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Medidas Cautelares (Traba/Levantamiento)" Juzgado en lo Civil y Comercial N° 3 - Resolución de fecha 4/11/2021.

En estos precedentes citados y por el voto unánime de los integrantes de esta Alzada, se transitó hacia los mecanismos de protección otorgando las medidas cautelares peticionados motivándolas en aspectos relevantes que surgen de la lectura de los respectivos decisorios.

b.- Hoy se trae a revisión una cuestión que va más allá del estricto marco cautelar; desde que el objeto de la pretensión actoral ha sido obtener la declaración de nulidad del acto jurídico préstamo así como todas las transferencias realizadas a posteriori del mismo, otrora denegada por el operador de grado.-

El recurrente dice que se ha negado la existencia del cuasidelito, y aquí he de señalar que "Phishing es un término informático que distingue a un conjunto de técnicas que persiguen el engaño a una víctima ganándose



247802090005577907



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Poder Judicial

su confianza haciéndose pasar por una persona, empresa o servicio de confianza (suplantación de identidad de tercero de confianza), para manipularla y hacer que realice acciones que no debería realizar (por ejemplo, revelar información confidencial o hacer click en un enlace)".

Justamente la actora se motiva en su configuración de sujeto legitimado activo para solicitar la nulidad del acto jurídico préstamo y los que fueron su consecuencia contra la entidad demandada y el nudo de la cuestión consiste en determinar si fue la propia conducta de la víctima en este caso la accionante la que produjo la consecuencia lesiva o bien ha sido el deber de seguridad incumplido por la entidad bancaria, lo que ha generado la responsabilidad y su consiguiente reparación.-

Muchos son los elementos a tener en cuenta y ciertamente han de ser abordados en forma puntual.-

c.- En primer lugar ha de efectuarse un preciso encuadramiento jurídico del vínculo existente entre el usuario y la entidad financiera.

En este sentido, es dable señalar que las relaciones jurídicas entre las entidades bancarias y sus clientes que tienen lugar a través de canales electrónicos resultan alcanzadas por el Código Civil y Comercial y si, por caso, el usuario que utiliza el servicio bancario lo hace con destino final deviene aplicable concomitantemente la ley de defensa del consumidor (art. 1 y 2 de la ley 24.240). Todo ello sin perjuicio de la profusa normativa administrativa dictada por el Banco Central y las demás entidades financieras que rige este tipo de actividad.

A la luz de la regulación iusprivatista general, las plataformas digitales son susceptibles de calificarse como una cosa riesgosa en los términos de lo establecido en el art. 1757 del Código Civil y Comercial de la Nación. Cabe recordar que la disposición precitada, adhiriendo a la interpretación expansiva de "*cosa riesgosa*" prevaleciente en la doctrina y jurisprudencia previa a la última codificación, englobó no sólo a aquellas



247802090005577907



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Poder Judicial

cosas que en sí mismas sean riesgosas, sino también a aquellas cosas e incluso actividades que, aunque por su naturaleza no comporten un riesgo específico, adquieran dicho carácter en virtud de los medios empleados o las circunstancias de su realización (cf. ARIAS, Carolina Isabel, GERSCOVICH, Carlos G. Responsabilidad bancaria en entornos digitales. Publicado en: RCCyC 2021 (septiembre), 5).

Desde tal óptica, se advierte que las plataformas digitales generan nuevas formas o maneras de vulnerar la seguridad de los usuarios que eran impensadas en la modalidad de gestión presencial. A ello cabe agregar que tales riesgos han sido introducidos por el proveedor en forma unilateral, más allá de la eventual adhesión de los usuarios bancarios al sistema de referencia. Hete aquí la razón que justifica que el riesgo generado por las herramientas digitales quede a cargo de las entidades bancarias (Cf. Stiglitz, G., Hernández, C., Barocelli, S., La protección del consumidor de Servicios Financieros y Bursátiles. Cita online: TR LA LEY AR/DOC/2991/2015).

En aras de determinar la responsabilidad de las entidades financieras por las estafas digitales padecidas por los consumidores bancarios, cabe traer a colación al art. 5 y 6 de la ley 24.240 –iluminado por el enfoque tuitivo que le confiere el art. 42 de la CN- que consagra la obligación de seguridad en tanto deber objetivo de resultado que rige aún en la etapa precontractual y, naturalmente, alcanza a todas aquellas situaciones de riesgos generadas por los procedimientos operativos arbitrados por los proveedores.

Sobre los alcances de la obligación de seguridad en el ámbito consumeril, es dable señalar que la figura apunta a cubrir cualquier tipo de lesividad que pueda recaer sobre la persona o bienes del consumidor con motivo de la vigencia de una relación de consumo. Se trata, en suma, de mantener la incolumidad de la persona y los bienes jurídicos patrimoniales y



247802090005577907



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Poder Judicial

extrapatrimoniales involucrados en el desenvolvimiento de una relación de consumo (cf. MOREA, Adrián Oscar, El Phishing y los préstamos digitales, un nuevo foco de responsabilidad bancaria. Publicado en Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio, Ed. Erreius, Febrero 2022).

El art. 42 de nuestra Carta Magna inaugura su texto refiriendo a que *"los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos..."* siendo ello una muestra prístina de la filiación constitucional de la obligación de seguridad en el ámbito de consumo. Esta directiva fundamental no agota su amparo en la tutela esencial de la integridad física y salud del consumidor, sino que al comprender la salud, seguridad e intereses económicos de los consumidores, debe ser interpretada en el sentido de que la prestación de un servicio debe realizarse sin comprometer ninguno de esos aspectos de la órbita del consumidor. Así es que, en palabras de la Corte Nacional, la protección de la seguridad es un derecho previsto constitucionalmente de goce directo y efectivo por parte de sus titulares.

Sobre la base de estas premisas fundamentales, la jurisprudencia y doctrina mayoritaria ha promovido y consolidado una lectura amplia y finalista del art. 5 y 6 de la LCD expandiendo las fronteras de la obligación de seguridad no sólo a las cosas peligrosas, sino también a todas aquellas actividades que puedan revestir cierto riesgo para la persona o bienes de los consumidores o usuarios, siendo ello lo que justifica que se imponga al proveedor el deber de velar por la inocuidad de los productos y servicios ofrecidos a los consumidores. Tal flexibilidad hermenéutica también ha sido favorecida por la potenciación normativa de ciertos principios jurídicos como la buena fe (arts. 1, 9, 11, 729, 961, 991, 1061) y el principio preventivo (arts. 1710 y 1711).

Como consecuencia lógica de esta relectura de la obligación de



247802090005577907



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Poder Judicial

seguridad en el ámbito consumeril, se ha considerado que estamos frente a un deber de resultado que reconoce su fundamento en la garantía de indemnidad de aquellos intereses que pudieren lesionarse durante la fase precontractual, contractual y poscontractual. De conformidad con tal amplitud, nuestro Máximo Tribunal ha precisado que el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales, o bilaterales (CSJN, "Bea Héctor y otro c. Estado Nacional - Secretaría de Turismo s/ daños y perjuicios", Fallos: 333:1623 (2010), considerando 17 del voto del Dr. Lorenzetti; CSJN, "Zubeldía, Luis y otros c. Municipalidad de La Plata y otro", Fallos: 329:28 (2006), considerando 2 del voto de los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni.).

En relación al estándar de conducta imponible al Banco, cabe puntualizar que estamos ante un supuesto de responsabilidad objetiva agravada y, en función de ello, recae sobre los proveedores bancarios la obligación de realizar todas las acciones que exija la naturaleza de la relación de consumo, tendientes a evitar perjuicios a los usuarios del sistema. Se trata, en efecto, de un deber lo suficientemente amplio como para abarcar prestaciones tales como la vigilancia permanente, la remoción inmediata de obstáculos o elementos extraños, el control ininterrumpido de los mecanismos, y toda otra medida que dentro del deber de custodia pueda caber a los efectos de resguardar la seguridad, la estructura y fluidez de la circulación de los clientes.

De este modo, los parámetros o estándares de actuación de los bancos adquieren una especial dimensión y estrictez en virtud de la superioridad técnica y económica que deriva de su insoslayable profesionalidad. Ello impone una operatividad concreta de las pautas contenidas en el art. 1725 del Cód. Civ. y Com. Por un lado, la segunda mitad del primer párrafo en tanto manda a analizar con estrictez *"la valoración de la previsibilidad de las consecuencias"*; por el otro, la



247802090005577907



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Poder Judicial

disposición del segundo párrafo refuerza la especial diligencia que le incumbe al Banco en el cumplimiento de este cometido: *"Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes"*. En esta línea, Chamatropulos sostiene que la conducta de las entidades bancarias deberá ser apreciada con parámetros aún más exigentes que aquellos que se utilicen para evaluar el accionar de otros proveedores también regidos por el estatuto del consumidor pero que no se encuentran llamados a cumplir un rol en la sociedad tan preponderante como el de las entidades financieras (Chamatropulos, Demetrio A., El deber de seguridad de los bancos y los daños derivados de la utilización de cajeros automáticos, RCyS 2010-IX, 95, Cita online: TR LALEY AR/DOC/5129/2010).

A los fines de evidenciar la contundencia con la cual se está evaluando esta obligación de seguridad, resulta ilustrativo traer a colación lo resuelto por la Sala D de la Cámara Nacional en lo Comercial en el caso *"Zappettini"*. Entonces, los magistrados votantes sostuvieron que: *"la responsabilidad del banco es, desde el punto de vista del cliente, la que deriva de la existencia de una obligación de resultado en cuanto al correcto funcionamiento del sistema de cajero automático, evitando operaciones fallidas y permitiendo la permanente extracción de fondos o depósitos, la acreditación de pagos y transferencias sin error, la correcta consulta de saldos, etc. y, a la vez, de seguridad en cuanto debe brindarse al cliente una prestación funcional preparada para brindar el servicio de cajeros de la manera más confiable posible frente a maniobras fraudulentas de terceros"*. (CNCom., sala D, 11/08/2009, "Zappettini, Raúl M. c. Banelco SA", JA 70054894, LLOnline 20090796).

Este criterio se potencia en el estado actual de desarrollo tecnológico que asola al mundo, atento a la necesidad y conveniencia de canalizar una mayor cantidad de operaciones a través de los servicios



247802090005577907



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Poder Judicial

financieros. Tal circunstancia conlleva para la entidad financiera la responsabilidad de actuar con la atención y cautela que corresponda al servicio que presta y se obliga a cumplir, máxime cuando dentro de tal sistema se insertan los derechos de millones de personas que muchas veces no cuentan con la posibilidad de acudir a otra alternativa.

Considero entonces que la extensión conferida a la obligación de seguridad bancaria, guarda adecuada coherencia sistémica con las reglas y principios que rigen en el sistema iusprivatista argentino y, por sobre todo, con el criterio protectorio que domina en las relaciones de consumo, cuya vigencia, lejos de rehuir a la realidad específica de las transacciones bancarias, adquiere aquí una intensidad mayor atento a que la situación de vulnerabilidad cognoscitiva, técnica y económica del usuario bancario tiende a profundizarse en este ámbito.

De la aplicación de las reglas y principios vigentes en el orden jurídico se desprende que los consumidores financieros requieren en el entorno digital de una protección mayor a la que reciben en el mundo físico. Como bien explica Tambussi, *"el sistema de comercio por medios electrónicos agrava las obligaciones de las entidades bancarias porque presupone el uso de una tecnología que exige un mayor conocimiento de su parte. En estos casos hay empresas que actúan profesionalmente y consumidores que no son expertos, en los que la distancia económica y cognoscitiva que existe en el mundo real se profundiza en el mundo virtual (...)"*.

d.- Estas consideraciones generales aparecen reforzadas por las circunstancias particulares que se han verificado en la causa. En particular, estimo relevante el dictamen pericial presentado por el perito informático al que se accede a través del vínculo de google drive mediante los archivos LOG y Excel, desde que se desprenden insoslayables datos que muestran la ajenidad de la víctima en la concreción del timo bancario, y una falta de



247802090005577907



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Poder Judicial

cumplimiento del deber de seguridad por parte de la entidad bancaria, por la que ha de responder.-

En efecto, del dictamen se desprende que:

1) No hay antecedentes previos de transacción con la cuenta de destino.

2) La transacción realizada no se corresponde con operaciones habituales del consumidor financiero, en el caso la actora.-

3) De acuerdo al informe de geolocalización del dispositivo móvil utilizado por el agente, la operación se habría realizado desde la Unidad penitenciaria nro. 7 de San Francisco Pcia de Córdoba.

4) El token y la advertencia de seguridad no son suficientes para garantizar la genuinidad de la operación (ver extracto financiero). Lo cual es conteste con la mencionada reglamentación del Banco Central.

5) El banco tampoco cuenta con contralor de IP que permita detectar los dispositivos de conexión electrónica utilizados para introducirse en la cuenta de la actora.-

6) No se activaron otros mecanismos de verificación alternativa.-

Pero aun más, con posterioridad al hecho nótese que el Banco Central dictó la Comunicación "A" 7370 que ajustó aun más los dispositivos de seguridad tanto en su extensión cuantitativa como cualitativa. Y si bien la normativa es posterior al hecho motivo de autos, nos da la pauta de que los mecanismos utilizados por el banco no alcanzaban el nivel de seguridad razonablemente exigible para garantizar la autenticidad de las operaciones.

El dictamen pericial que no es contrastado por otra prueba tiene una eficacia probatoria muy alta, y conforme lo normado por el art. 474 del CPCC y su doctrina, no veo motivos para apartarme de sus conclusiones. Las respuestas técnicas, completas y justificadas del experto permiten sin duda conforme las reglas de la sana crítica concluir que la pericia es fundada y no hay en la causa argumentos científicos que pueden oponerse



247802090005577907



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Poder Judicial

para llegar a una solución contraria. Tal como reseñara en todos los puntos de valoración que he realizado supra.-

3) Claramente se juega aquí el deber de seguridad como factor objetivo de responsabilidad puesto en cabeza de la entidad financiera que consistía básicamente en adoptar todas las medidas de seguridad en la órbita bancaria digital para prevenir y evitar el flagelo del phishing que azota hoy nuestro tráfico comercial y financiero.

No hallo que la conducta de la actora haya interrumpido el nexo causal que la demandada pregonar, ni en forma total o parcial, puesto que la secuencia dañosa se produjo pura y exclusivamente por la inobservancia de los deberes de vigilancia quizás más estricto que la entidad bancaria debería haber adoptado (art. 5 y 40 ley 24240 y 9 de la ley 25.326; arts 384 y 474 del CPCC y su doctrina).

Es que siendo profesionales en la materia, los proveedores bancarios están obligados a contemplar estos riesgos y adoptar las medidas de prevención suficientes para garantizar la seguridad de los consumidores cuando operasen en los canales y vías digitales impuestos por aquellos.

Por tal motivo, no resulta suficiente alegar que el consumidor se "*descuidó*" y entregó sus claves cuando ello constituye un riesgo propio del entorno digital que el proveedor bancario decidió introducir, debiendo prever esta situación propia del entorno digital y adoptar todas las medidas de prevención tendientes a neutralizar esas estafas y fraudes.

Sintetizando, es cuanto menos muy inseguro un sistema al que se accede con datos que el consumidor conoce. La peligrosidad del sistema es demasiado evidente y desde el punto de vista causal es determinante. De modo que el manejo irrestricto de la cuenta por el estafador no se produce -en términos de causalidad jurídica- porque el consumidor haya brindado los datos, sino porque el banco no tomó más precauciones para asegurarse de la identidad del usuario.



247802090005577907



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Poder Judicial

Así pues, al realizar el análisis ex post facto para determinar la incidencia causal de las conductas del banco y de la víctima en la producción del daño, se puede concluir que si el proveedor hubiera optado por un sistema más seguro, el daño no hubiera ocurrido a pesar del hecho de la víctima. Este último sería inocuo, no pasaría de ser una condición o circunstancia incapaz de provocar el daño, pues los sistemas de seguridad lo hubieran evitado.

El sistema no es ajeno al banco, sino que es impuesto y diseñado por la entidad, forma parte de su esfera de acción. Ello así, cuando se quiebre la seguridad del sistema, el hecho de la víctima no reunirá los requisitos para eximir de responsabilidad en cuanto no se tratará de un hecho exterior ajeno a la explotación, a las actividades, a las cosas de propiedad del deudor, a la obligación de seguridad.

El otro aspecto en el que la entidad debió tomar más precauciones tuvo que ver con una segunda instancia de la estafa, en la que el impostor realizó actos a nombre del usuario. Resulta posible para el banco detectar e impedir actos irregulares.

Por lo general se producen varios sucesos sospechosos en pocos minutos. Se cambian todos los datos de seguridad de la cuenta, como la dirección de correo electrónico y el número de teléfono a los que se enviarán mensajes de alerta. Entonces, estos ya no serán recibidos por el usuario sino por el impostor. Y como ello se puede hacer con los mismos datos que el estafador ya obtuvo del consumidor, el que debería ser el segundo nivel de verificación (el mensaje de alerta) queda desmantelado al superar el primer nivel.

Asimismo, el hecho de que el ingreso se produzca desde un equipo y una ubicación que no es la habitual puede ser detectado fácilmente por los sistemas, igual que la registración de operaciones poco habituales en escaso tiempo deberían generar alertas para el banco que, por lo tanto,



247802090005577907



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Poder Judicial

debería verificar si realmente emanan del cliente y bloquearlas cuando no sea así. De manera que el hecho de que el cliente haya brindado un par de datos no es causa suficiente y eficiente para la producción de la estafa, que no se podría concretar si la entidad bancaria cumpliera adecuadamente su obligación de seguridad y de prevenir los riesgos intrínsecos del sistema.

Por todo lo expuesto propicio el acogimiento del recurso y la revocación de lo decidido declarando la nulidad del acto jurídico préstamo y aquellos que fueron su consecuencia.-

e.- Pero además, frente a la admisión de la pretensión actoral corresponde decidir la procedencia del daño moral pedido así como el daño punitivo, adelantando desde ya que voy a votar afirmativamente.

Respecto del daño moral no me caben dudas de que el acto provocó en la parte actora una alteración del equilibrio espiritual, difícil de mensurar, y tal como lo señala el recurrente se trata de un daño in re ipsa, conforme lo normado por el art. 165 del CPCC y su doctrina, teniendo en cuenta la naturaleza del daño, su extensión, el dificultoso camino de la denuncia penal y sus consecuencias, la judicialización en ambos fueros para obtener una respuesta jurisdiccional, el padecimiento para un ciudadano común que ello ocasionó, estimo como razonable fijar la suma de pesos quinientos mil que fuera solicitada en la demanda (\$ 500.000).-

Como lo he señalado en el precedente Reg. 68/2021 en mi primer voto : *" conforme las enseñanzas de Matilde Zabala de González en materia de prueba del daño moral, no es esencial la índole del deber incumplido (previamente asumido o genérico de no dañar) ni el consiguiente encuadramiento de la responsabilidad como contractual o aquiliana, sino las características del perjuicio mismo en confrontación con el suceso lesivo que lo produce"* (Resarcimiento de daños, 5°, "Cuanto por daño moral" Hammurabi, Bs As, 2005, pags 158 y ss).-

Cité allí a la autora quien puntualiza que *"aunque no se exija una*



247802090005577907



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Poder Judicial

prueba exhaustiva de la afección espiritual padecida, las circunstancias del caso posibilitan al juez, en ejercicio de facultades que le son propias y aplicando las reglas de la experiencia, juzgue si de acuerdo al normal acontecer, el hecho alegado tiene aptitud para provocar el perjuicio cuya indemnización se solicita" (Cfr. Zavala de González Matilde, Resarcimiento de daño moral" Astrea, 2009, pags 189 y sgtes".

Aquí señalo que es evidente que el incumplimiento de la parte demandada derivó en la frustración de expectativas para la actora y su familia, así como el inicio de situaciones judiciales complejas, en tanto no puede desconocerse que el largo camino jurisdiccional siempre causa zozobra y angustia en aquellos que los transitan, como fue el caso de la accionante.-

Con relación al daño punitivo señalé en ese precedente que "Este Tribunal ha sido cuidadoso al momento de aplicar el daño punitivo, puesto que si bien normativamente se encuentra receptado en el art. 52 bis de la LDC consiste en un adicional que puede concederse al perjudicado por encima de la indemnización de los daños que correspondieran, tiene un propósito sancionatorio y está inspirado en el common law. La gravedad del hecho según nos enseña Picasso es tomada en cuenta por la norma para graduar la cuantía de la sanción, más no como condición para su procedencia, indicando que el juez no se encuentra constreñido más que por su buen sentido para que proceda la condena, debiendo tenerse en cuenta requisitos tales como: el incumplimiento del proveedor respecto de sus obligaciones legales con el consumidor, la solicitud de aplicación por el perjudicado, la graduación numérica teniendo en cuenta la gravedad del hecho, la independencia de esta pena con otras indemnizaciones, todo ello claramente expuesto por Picasso en Nuevas Categorías en la Ley de Defensa al Consumidor p. 133 citado por Jorge Mosset Iturraspe y Javier Wajntraub en Ley de Defensa al Consumidor Ley 24.240 y modificatorias



247802090005577907



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
Poder Judicial
Editorial Rubinzal-Culzoni".-

Traigo también aquí un precedente de este Tribunal en Causa 3703/2019 con el primer voto de mi distinguido colega Dr. Roberto Degleue quien señalara conceptos que aquí voy a aplicar:

"El art. 52 bis de la ley 24.240, incorporado por la ley 26.361 (B.O. del 7-IV-2008), establece que: "Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley".

La norma es clara en cuanto como requisito exigible para su aplicación indica que el proveedor no cumpla sus obligaciones que tanto la ley como el contrato le imponen para con el consumidor. "Esta disposición, apartándose de las sugerencias efectuadas a nivel doctrinario, no exige un grave reproche subjetivo en la conducta del dañador ni un supuesto de particular gravedad caracterizado por el menosprecio a los derechos del damnificado o a intereses de incidencia colectiva ni a los supuestos de ilícitos lucrativos. Sólo dispone que procede cuando se incumplen obligaciones legales o contractuales" (conf. Lorenzetti, Ricardo L., Consumidores, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, págs. 562/563; Mosset Iturraspe, Jorge y Wajntraub, Javier H., Ley de Defensa del Consumidor, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, págs. 278/279; Fernández, Raymundo L.; Gómez Leo, Osvaldo R. y Aicega, María Velentina, Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial, Abeledo Perrot, t. II-B, Buenos



247802090005577907



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Poder Judicial

Aires, 2009, pág. 1197; Conclusiones de la Comisión 10, XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe, 1999, publicadas en Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil, ed. La Ley, pág. 196)".

"Es que el Banco demandado por su calidad profesional debió ser más diligente en solucionar el conflicto al que por su accionar hizo que la relación contractual, la que debía llevarse en buenos términos y con debida diligencia, sino que por el contrario realizando los actos reprochables que enunciara el juez de grado, incluso a llevar un proceso adelante, negando todo lo que se expusiera en demanda, pero no aportando de su parte prueba que pueda rebatir los hechos, pese a que se encontraba en mejor posición precisamente por ser su calidad profesional esperable de una entidad financiera de renombre".-

"Cabe tener en cuenta que: "El instituto del daño punitivo abastece tres funciones: I) sancionar al causante de un daño inadmisibles; II) hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos provenientes de la actividad dañosa, III) prevenir o evitar el acaecimiento de hechos lesivos similares al que mereciera la punición (CC0203 LP 124158 RSD-229-18 S 25/10/2018 - Carátula: Chacon Damián Esteban c/ Plan Ovalo S.A. de ahorro para fines determinados y otros s/ Daños y Perj. incump. contractual (exc. estado) - sumario Juba:B356893). Al respecto, en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en la ciudad de Santa Fe en septiembre de este año, la Comisión 4 sobre "Daño Punitivo" concluyó por despacho unánime que: "Los daños punitivos tienen finalidad preventiva, disuasoria y sancionatoria".

La procedencia del art. 52 bis de la ley 24240 tiene su respaldo en la garantía protectoria establecida por el art. 42 de la Constitución Nacional en cuanto dispone que "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo a la protección de su salud, seguridad, e intereses económicos; a una información adecuada y



247802090005577907



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Poder Judicial

veraz; a la libertad de elección y de trato equitativo y digno”.

En este contexto, frente al incumplimiento del deber de seguridad por parte de la entidad financiera, más el resto de las valoraciones que se desprenden de mi análisis, propicio el acogimiento del daño punitivo más no en el importe pedido en la demanda, sino fijando el importe de \$ 800.000 por tal concepto (arts. 165, 384, 375 y ctes del CPCC).

En cuanto al interés devengado, es preciso diferenciar entre la tasa aplicable a las sumas debitadas y la tasa aplicable al daño moral y punitivo. Respecto al primer aspecto, corresponde aplicar la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días desde el momento en que cada una de las sumas haya sido debitada de la cuenta en razón del préstamo anulado hasta el efectivo pago (SCBA, "Cabrera, Pablo David c/ Ferrari, Adrián Rubén s/ Daños y perjuicios", causa C. 119.176, 15/6/2016). Y respecto a la segunda cuestión, cabe aplicar una tasa pura del 6% desde el momento del hecho configurativo del "phishing" (15/11/2020) hasta la presente sentencia y de allí en más la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días hasta el momento del efectivo pago (SCBA, "Vera, Juan Carlos contra Provincia de Buenos Aires. Daños y perjuicios", causa C. 120.536, 18/04/2018; SCJBA, "Nidera S.A. contra Provincia de Buenos Aires. Daños y perjuicios", C. 121.134, 3/5/2018).

Por las razones dadas, citas legales de referencia y con el alcance indicado,

VOTO POR LA NEGATIVA.

A la misma cuestión los Sres. Jueces Roberto Degleue y Bernardo Louise por análogos fundamentos votaron en el mismo sentido.-

A la segunda cuestión la señora Jueza Graciela Scaraffia dijo: De conformidad al resultado habido al tratarse la cuestión precedente, estimo que el pronunciamiento que corresponde dictar es:



247802090005577907



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Poder Judicial

Acoger el recurso de apelación deducido por la parte actora revocando la sentencia de grado en su totalidad.-

En consecuencia, declarar la nulidad del acto jurídico préstamo de referencia y aquellos que sean su consecuencia, cesando los efectos generados en función de esos negocios, ordenando reintegrar a la cuenta del actor cualquier suma que haya sido debitada en razón de ellos.- Asimismo condenar a la entidad financiera demandada a abonar daño moral y daño punitivo la suma de \$500.000 y de \$ 800.000, respectivamente, a pagar a la parte actora dentro del plazo de 10 días de que el decisorio adquiera firmeza, con más los intereses conforme se discriminan en los considerandos de este fallo.

Aplicar las costas de primera y segunda instancia a la parte demandada vencida (art. 68 del CPCC).-

Diferir la regulación de honorarios de letrados y peritos hasta tanto obre liquidación firme (L.H.).-

ASI LO VOTO.

A la misma cuestión los Sres. Jueces Roberto Degleue y Bernardo Louise por análogos fundamentos votaron en el mismo sentido.-

Con lo que terminó el presente Acuerdo, dictándose la siguiente;

SENTENCIA:

Acoger el recurso de apelación deducido por la parte actora revocando la sentencia de grado en su totalidad.-

En consecuencia, declarar la nulidad del acto jurídico préstamo de referencia y aquellos que sean su consecuencia, cesando los efectos generados en función de esos negocios, ordenando reintegrar a la cuenta del actor cualquier suma que haya sido debitada en razón de ellos.- Asimismo condenar a la entidad financiera demandada a abonar daño moral y daño punitivo la suma de \$500.000 y de \$ 800.000, respectivamente, a pagar a la parte actora dentro del plazo de 10 días de que el decisorio



247802090005577907



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Poder Judicial

adquiera firmeza, con más los intereses conforme se discriminan en los considerandos de este fallo.

Aplicar las costas de primera y segunda instancia a la parte demandada vencida (art. 68 del CPCC).-

Diferir la regulación de honorarios de letrados y peritos hasta tanto obre liquidación firme (L.H.).-

Regístrese. Notifíquese por Secretaría (Ac. 4013 y mod. SCBA) remitiéndose copia digital de la presente sentencia a los domicilios electrónicos de las respectivas partes. Devuélvase.-

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 27/09/2022 09:33:07 - SCARAFFIA Graciela Hilda - JUEZ

Funcionario Firmante: 27/09/2022 09:34:21 - LOUISE Bernardo - JUEZ

Funcionario Firmante: 27/09/2022 09:46:14 - DEGLEUE Roberto Manuel - JUEZ

Funcionario Firmante: 27/09/2022 09:48:15 - MARTINEZ Nicolas - SECRETARIO DE CÁMARA



247802090005577907



247802090005577907



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
Poder Judicial

CAMARA DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL PERGAMINO

NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS

Registrado en REGISTRO DE SENTENCIAS el 27/09/2022 09:48:39 hs.
bajo el número RS-111-2022 por PEINMARTINEZ NICOLAS.